فقه و اصول
سال پنجاه و دوم، شماره ۲، شمارهٔ پیاپی ۱۲۱
تابستان ۱۳۹۹، ص ۱۸۰-۱۶۳

Journal of Fiqh and Usul
Vol. 52, No. 2, Issue 121
Summer 2020
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v52i2.73904

تحلیل مصداقی ـ انتقادیِ جایگاه شرع در تقنین و دادرسی کیفری از رهگذر ارتباط فقه و حقوق*

دکتر امیر وطنی
استادیار دانشگاه خوارزمی
Email: vatani_amir@yahoo.com
دکتر احمد باقری
استاد دانشگاه تهران
Email: bagheri@ut.ac.ir
دکتر مهدی شعبانی[1]
دانش آموخته دکتری فقه و حقوق جزا دانشگاه خوارزمی
Email: mahdi.shaabani2013@yahoo.com

چکیده

قانون‌گذاری کیفری، بیش از دیگر شاخه‌های حقوق مستلزم رعایت اصولی است که با منابع تقنین هماهنگی دارند. پیوند حقوق اسلام با قانون‌گذاری و دادرسی، به‌ویژه در حوزه کیفری، نیز بحثی دیرپا بوده؛ در دگرگونی نوین قانونی دچار تغییراتی شده است. در جستار فراروی، میزان پای‌بندی قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی به یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر حوزه کیفری، یعنی اصل قانونی بودن حقوق کیفری در دو مصداق: «معاونت در جرم» (موضوع مادّه ۱۲۷ قانون پیش‌گفته) و «جرائم حدّی» (موضوع ماده ۲۲۰ همان قانون) مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. نگارندگان، به تحلیل انتقادیِ دو نمونه از این تغییرات در قالب تعارض‌سنجی دو مادّه ۱۲۷ و ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ با اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی و قاعده قانونی بودن حقوق کیفری پرداخته‌اند. حاصل تحقیق، رویکرد کلّی معتدلی به پرسمان منبعیت شریعت برای قانون‌گذاری جزایی نیز به دست می‌دهد و به نظر می‌رسد این قابلیت را دارد که قانون‌گذاری را در تعاملی با اصول تقنینی و فرهنگ دینی جامعه ایران قرار دهد و نیز بتواند شتاب آشفتگی در قانون‌گذاری کیفری ایران را کُند و یا قطع کند و سرانجام اینکه شرع در حقوق کیفری موضوعه، منبعی است برای تقنین و نمی‌تواند مستقیماً منبع صدور حکم قلمداد گردد.

کلیدواژه‌ها: شرع، قانون‌گذاری، دادرسی کیفری، حدود، معاونت در جرم.

---

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول:۱۳۹۷/۰٤/۱۲؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹۷/۱۲/۱۵. این مقاله برگرفته از رساله دکتری نویسنده مسئول با عنوان «امکان سنجی تعمیم قواعد باب حدود به دیگر کیفرها و پیامدهای آن در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه» است.

[1]. **نویسنده مسئول**

Intensional-critical Analysis of the Place of Religion in Criminal Legislation and Proceedings from the Viewpoint of the Relation between Jurisprudence and Law

Amir Vatani, Ph.D. Assistant Professor, Kharazmi University
Ahmad Bagheri, Ph.D. Professor, University of Tehran
Mahdi Shaabani, Ph.D. Ph.D. Graduate of Jurisprudence and Criminal Law, Kharazmi University (corresponding author)

Abstract
The criminal legislation, more than any other branch of law, requires respecting principles that are consistent with sources of legislation. The connection between Islamic law and legislation and proceedings, especially in the criminal field, is also a long-standing debate which has experienced certain changes in the new legal transformation. In the present study, the extent to which the legislator adheres, in the Islamic Criminal Code, to one of the most important principles applicable in the criminal field, i.e. nulla crimen sine lege in two instances of abetting (the subject of article 127 of the aforementioned Code) and Hadd Crimes (the subject of article 220 of the same Code) will be assessed. The authors have critically analyzed two examples of such changes in the form of conflict assessment of articles 127 and 220 of the Islamic Criminal Code passed on 21/4/2013 with principles 36 and 169 of the Iranian Constitution and the nulla crimen sine lege rule. The outcome of this research also provides a general moderate approach to the question of whether religion is a source of criminal legislation and it seems that it has the capability to make legislation interact, in some way, with the legislative principles and the religious culture of the Iranian society and is able to slow down or stop the acceleration of confusion in the Iranian criminal legislation and finally, religion in positive criminal law, is a source of legislation and may not be a direct source of rendering judgment.

Keywords: religion, legislation, criminal proceedings, Hudud, abetting.

مقدمه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و به دنبال پدید آمدن تحوّلات عقیدتی در بسیاری از عرصه‌ها ـ ازجمله در عرصه قانون‌گذاری ـ به‌موجب اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «موازین اسلامی» به‌عنوان اصلی‌ترین منبع و معیار برای قانونگذای عادی به رسمیت شناخته شد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.» از سویی دیگر، قانون‌گذار اساسی در اصل یک‌صد و شصت و هفتم، دادرسان را در رسیدگی به دعاوی و قضایایی که حکم مربوط به آن‌ها در قوانین مدوّن یافت نشود، به صدور حکم با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مکلّف نمود. «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدّونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

تفسیر اصل یک‌صد و شصت و هفتم، از آغاز با ابهام‌هایی روبه‌رو شد و بحث‌هایی بنیادین درگرفت (ر. ک: به هاشمی، ۷۰ به بعد؛ بشیریه، ۱٤۹ به بعد) که آیا در حقوق کیفری نیز ـ به‌مانند حقوق خصوصی و غیر کیفری ـ منابع یا فتاوای موصوف می‌توانند به‌صورت مطلق و بی‌قیدوشرطی ویژه، منبعی برای دادرسی و مستند حکم جزایی باشند یا آن‌که در شاخه یادشده، مانع یا موانعی در راه چنین عملکرد قضایی وجود دارد. علّت طرح این پرسش، خصوصیتی است ویژه همان شاخه حقوقی که از قاعده ضروری و دیرینِ «قانونی بودن حقوق کیفری ماهوی و شکلی» سرچشمه می‌گیرد. جایگاه قاعده یادشده در حقوق ایران پس از انقلاب، با پذیرش صریح در اصول سی‌وششم و یک‌صدوشصت‌ونهم قانون اساسی و تلویحاً در برخی دیگر از اصول قانون مزبور، تأیید و تثبیت شد.

در اصل ۳٦ ق.ا. مقرّر گردید: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به‌موجب قانون باشد.» قید «تنها» در این اصل، مفسّر را به مفهوم مخالفی از گونه حصر رهنمون می‌کند که این‌گونه از مفاهیم، نزد مشهور و بلکه اکثر اصولیان امامیه معتبر و حجّت شناخته شده و آن این‌که هیچ دادگاه صالحی نمی‌تواند با استناد به منبعی جز قانون، اشخاص را به مجازات محکوم نماید و با فرض صدور و قطعیت چنین حکمی، از نظر قانون اساسی اجرای آن نیز وجاهت و اعتبار نخواهد داشت. حال با نگاه به دو اصل ۳٦ و ۱٦۷ ق.ا.، احتمال تعارض میان آن دو رخ می‌نماید. در این زمینه، دیدگاه‌های نسبتاً گوناگونی برای توجیه یا حلّ این تعارض ظاهری یا بدوی مطرح شده است (هاشمی، ۷۰ به بعد؛ بشیریه،

١٤٩ به بعد). امّا فارغ از مجادله‌های مطروح، رویه غالب قانون‌گذاری در قوانین عادی و نیز رویه واحد قضایی تا پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ١٣٩٢، با این دیدگاه همراه شده بود که دادرس، نمی‌تواند شخصی را به اتّهام ارتکاب رفتاری که در قوانین جرم‌انگاری نشده؛ ولی در شرع مقدّس یا متون فقه، تحریم یا تجریم شده (چه از نوع حدّی و چه گونه تعزیری)، تحت تعقیب قرار دهد؛ به دیگر سخن، دست‌کم در دو سطح جرم‌انگاری و تعیین مجازات، منبع منحصر دادرسی و تنها مستند حکم، قوانین مدوّن و مصوّب مرجع رسمی قانون‌گذاری کشور بود.

در قانون نوین مجازات اسلامی مصوّب ١٣٩٢/٠٢/٠١، رویکرد قانون‌گذار عادی به مقوله منبعیت شرع برای دادرسی کیفری در برخی مسائل دچار تغییراتی انتقاد برانگیز گشت که به نظر می‌رسد قاعده قانونی بودن حقوق کیفری و اصل ٣٦ ق.ا. را خدشه‌دار کرده؛ راه را برای تفسیر عادلانه و متناسب با شرایط زمانی و مکانیِ اصل ١٦٧ ق.ا. نیز ناهموار ساخته است. برخی مقولاتی که آماج این تغییرات قرار گرفتند، عبارت‌اند از: ١. تقسیم جرائم تعزیری به تعزیرات منصوص شرعی و تعزیرات غیرمنصوص شرعی ـ بدون احصای مصادیق و یا تعیین ضابطه‌ای عام و شفّاف ـ و عدم اجرای مقرّرات تسهیلی، تأمینی و تربیتی (از قبیل تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، توبه و مرور زمان) در خصوص تعزیرات منصوص شرعی (به‌موجب تبصره ٢ مادّه ١١٥ ق.م.ا.) (نیز ر. ک: به: اردبیلی، ٢٠٤)، ٢. کیفر معاونت در جرم (مادّه ١٢٧) و ٣. جرائم حدّی مقرّر در شرع که در قانون ذکر نشده‌اند (ماده ٢٢٠). این وضعیت در حالی است که قید «تعیین مجازات در قانون» به‌صراحت در تعریف قانونی و لازم‌الاتباع جرم لحاظ شده است (مادّه ٢ ق.م.ا.) و بدون وجود کیفر معیّن برای یک رفتار در قانون، اساساً پدیده جنایی به لحاظ حقوقی و اعتباری، به وجود نمی‌آید! افزون بر آن، در ظاهر امر و در قواعد کلّی حاکم بر حقوق کیفری، جایگاه اصل قانونی بودن در مادّه ١٢ همان قانون ـ بیش‌ازپیش و ذیل فصلی نوین با عنوان «قانونی بودن جرائم، مجازات‌ها و دادرسی کیفری» ـ مستحکم‌تر و تثبیت‌شده معرّفی و اعلام شد: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن‌ها باید از طریق دادگاه صالح، به‌موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد.» حتّی تأکید ظاهری و عمومی قانون‌گذار بر ضرورت اصل مزبور، تا آنجا پیش رفت که در مادّه ١٣، به ضمانت اجرای مدنی و کیفری نیز مقیّد گردید.

پرسش و ضرورت پژوهش

مسئله‌ای که در این جستار مورد پژوهش و نقد قرار می‌گیرد، دارای دو بعد است: نخست، بعدی کلّی و مفهومی؛ با این توضیح که می‌بایست رویکرد نوین و تغییریافته قانون‌گذار عادی ایران به مقوله پیوند حقوق

کیفری اسلام و فقه جزایی امامیه با دادرسی کیفری و امکان منبعیت شرع مقدّس برای دادرسی موصوف ـ افزون بر منبعیت برای قانون‌گذاری ـ به حیطه نقد و ارزیابی علمی کشیده و به مبانی و اصول حقوقی ـ شرعی عرضه و نتیجه‌گیری شود. دوم، بعد جزئی و مصداقی؛ با این شرح که از میان چند مقوله پیش‌گفته، دو مصداق کیفر معاونت در جرم موضوع مادّه ۱۲۷ ق.م.ا. و جرائم حدّی موضوع ماده ۲۲۰ همان قانون، به‌صورت موردی ارزیابی شوند.

پرسش اصلی این جستار این‌که رویکرد نوین قانون مجازات اسلامی اخیرالتصویب به جایگاه شرع (حقوق اسلام) در دادرسی کیفری ـ به‌ویژه در دو مقوله اشاره‌شده در بالا ـ در پیوند و تقابل با اصول ۳٦ و ۱٦۹ قانون اساسی، مواد ۲ و ۱۲ قانون مجازات اسلامی و نهایتاً قاعده قانونی بودن حقوق کیفری چگونه توجیه می‌یابد.

فرضیه‌ای که می‌تواند به‌عنوان پاسخی برای پرسش پیش‌گفته دانسته و در این جستار به مرحله اثبات برسد، این‌که مواد مادّه ۱۲۷ و ۲۲۰ ق.م.ا.، با مواد ۲ و ۱۲ همان قانون، اصول ۳٦ و ۱٦۹ قانون اساسی و قاعده قانونی بودن حقوق کیفری در تعارض آشکار و مستقرّی قرار دارند و متأسفانه قاعده مزبور را در اصلاحات نوین قانون جزایی مادر ایران، دچار استثنائاتی بی‌مبنا و نپذیرفتنی کرده‌اند. شریعت مقدّس اسلامی و فقه امامیه، بر مبنای اصل چهارم ق.ا. باید منبع قانون‌گذاری باشد و با توجّه به ضرورت رعایت حدّ اکثری اصل قانونی بودن، نمی‌تواند منبعی برای دادرسی (قضاوت) کیفری انگاشته شود.

قاعده قانونی بودن حقوق کیفری مبانی گوناگونی دارد (اردبیلی، ۱۸٤؛ منصورآبادی، ۳۲ - ۳٤) که در حقیقت جهات ضرورت التزام به مفاد آن قاعده ـ هم در تقنین و هم در دادرسی ـ به شمار می‌آیند؛ ولی از میان همه آن مبانی، قاعده قبح عقاب بلابیان، اصالت آزادی‌های فردی و رعایت حقوق انسانی، جزو اساسی‌ترین آن‌هاست. به نظر می‌رسد حاکمیت ارزش‌های دینی بر فرهنگ جامعه ایران و نیز دیدگاه‌های سنّتی به حقوق اسلام ـ البته با رهیافت و رویکردی خاص ـ این انگیزه را برای قانون‌گذار ایجاد کرده باشد که با وضع مقرّرات جدید، قلمروی التزام به اصل قانونی بودن را کاهش دهد؛ ولی به نظر می‌رسد راه‌حل میانه‌ای نیز وجود دارد که بتوان میان لزوم حفظ حقوق فردی شهروندان و احترام به آزادی‌های مشروع (مادّه واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، ۱۳۸۳ و مادّه ۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوّب ۱۳۹۲/۱۲/۰٤) با رعایت احکام و موازین اسلامی جمع کرد. این راه‌حل و رویکرد، یکی از نتایج کلّی جستار فراروی خواهد بود. ضرورت تشخیص رویکرد قانون‌گذار به منبعیت شرع برای دادرسی کیفری و اصلاح آن، در ضرورت و اهمیت جمع میان دو محور اساسی پیش‌گفته نهفته است. افزون بر همه این‌ها، اجرای مواد ۱۲۷ و ـ به‌ویژه ـ ۲۲۰ ق.م.ا. مصوّب سال ۱۳۹۲، توالی فاسدی را نیز در بر خواهد

داشت که جلوگیری از وقوع آن‌ها ضرورتی انکارناپذیر دارد.

هدف پژوهش

پژوهش پیش روی، در پی آن است که پس از تحلیل رویکرد قانون نـوین بـه جایگـاه شـرع و منـابع و فتاوای معتبر اسلامی ـ فقهی در دادرسی کیفری، امکان‌سنجی استناد بـه آن‌هـا در صـدور و اجـرای حکـم جزایی و بیان انتقادهای وارد و پیامدهای رویکرد فعلی، با طرح دیـدگاهی میانـه و متـوازن و ارائـه رویکـرد جایگزین، ضمن فراهم‌سازی بستر مناسب برای اجرای عاقلانه و عادلانه اصل چهارم ق.ا.، قاعـده قـانونی بودن حقوق جزایی را نیز به‌عنوان دست‌آورد عقلایی بشر، پاس داشته و به‌ویژه در دو مصداق موضوع بحـث در جستار حاضر، میان حفظ حقوق و آزادی‌های مشروع انسانی و فرهنگ دینی جامعه ایرانی هم سازگاری پدید آورد.

تحلیل منبعیت شرع در تعیین کیفر معاونت در جرم و بررسی مادّه ۱۲۷

مادّه ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ چنین بیان می‌دارد: «درصورتی‌که در شرع یـا قانون، مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است: الف) در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات یا حبس دائم است، حبس تعزیری درجه دو یا سه ب) در سرقت حدی و قطع عمدی عضو، حبس تعزیری درجه پنج یا شش پ) در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها شـلاق حـدی است سی‌ویک تا هفتادوچهار ضربه شلاق تعزیری درجه ششت) در جرائم موجب تعزیر یک تـا دو درجـه پایین‌تر از مجازات جرم ارتکابی ...»

چنان‌که دیده می‌شود، قانون‌گذار، کیفر منصوص شرعی برای معاونـت در جـرم را بـر کیفرهـای مقـرّر قانونی، مقدّم و اولی دانسته و قاضی را مکلّف نموده است که نخست به شرع مراجعـه کنـد و تنهـا پـس از جست‌وجوی کافی و عقلایی و یأس از یافتن مجازات شرعی معیّن، مجاز خواهـد بـود کـه بـر پایـه قـانون خاص و یا حکم عامّ مقرّر در مادّه ۱۲۷ کیفر معاون را مورد حکـم خـویش قـرار دهـد. بنـابراین در تعیـین مجازات معاونت، «شرع» منبعی فراتر و برتر از قانون اعلام شده است. امّا هنگامی‌که به اصـل سی‌وششـم ق.ا. و مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا. نظر افکنده شود، دریافت می‌گردد که منبع منحصر حکم بـه مجـازات و اجـرای آن، قانون است. پس در نگاه نخست، میان دودسته مقرّرات یادشده و مورد مقایسـه بـا مـادّه ۱۲۷ تعـارض دیده می‌شود.

ممکن است در حلّ این تعارض گفته شود که هنگامی‌که خود قانون مجازات در مادّه ۱۲۷، مراجعه بـه

شرع را تجویز نموده، درواقع مستند حکم به کیفر شرعی معاونت همان قانون خواهد بود و ازاین‌رو، تعارض بدوی موردبحث از میان می‌رود و استقرار نیافته است. در تحلیل این دیدگاه سزاست که چنین گفته شود: با عنایت به پیشینه تاریخی تکوین و تحوّل قاعده قانونی بودن جرم و مجازات (منصورآبادی، ۳۱) و نیز قاعده عقلیِ «قبح و منع عقاب بلا بیان» (حکیم، ٤٧٥؛ انصاری، ٥٦) و ارشادات نقلی‌اش (صدر، ۱۱/ ٨٤؛ سبزواری، ۲/ ١٦٢)، منظور قانون‌گذار اساسی از لزوم استناد حکم کیفری به قانون، ضرورت وجود قانونی خاص و حاکم بر مورد به‌صورت موردی و معیّن است و نه جواز ارجاع عام قانون به منبعی دیگر؛ هرچند آن منبع، شرع مقدّس و انور اسلام باشد. هم‌چنین روح کلّی حاکم بر اصل قانونی بودن و نصوص قانونی حاکی از اصل مزبور نیز تفسیر مورد ارزیابی را برنمی‌تابد.

راه‌حل احتمالی دیگر برای توجیه تعارض مورد بحث، این‌که مادّه ۱۲۷ تخصیصی بر عموم اَفرادی اصل ٣٦ یا مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا. و یک استثنا دانسته شود. ظاهراً قانون‌گذار نیز با همین نگاه و هدف ۱۲۷ را تصویب کرده است. ولی اشکالی که بر این دیدگاه و ـ درنتیجه ـ بر وضع آن مادّه در قسمت ارجاع به شرع، از حیث نظری وارد است، این‌که عمومیت قاعده قانونی بودن و لسان مطلق اصل ٣٦، در ذات خود، استثناناپذیر و ـ به تعبیر دانشمندان اصول فقه ـ آبی از تخصیص‌اند و ـ همان‌سان که در میان اصولیان مشهور است ـ قواعد عقلی و در موضع سخن، قاعده قبح کیفر بدون بیان، تخصیص‌ناپذیرند (مکارم شیرازی، ۳/ ٤٧؛ ایروانی، ۱/ ۱۷۳). انتقاد اصلی به حکم مادّه ۱۲۷ مبنی بر منبعیت شرع مقدّس برای حکم کیفری، بدون تنصیص خاصّ قانونی، دقیقاً از همین ویژگی عقلی و طبعیِ تخصیص‌ناپذیری قاعده قبح عقاب و اصل قانونی بودن سرچشمه می‌گیرد. حکم کیفری، نباید جز به قانونی که از سوی نمایندگان اعضای جامعه به‌سان پیمانی همگانی، رسمیت و اعتبار یافته و به همگان بیان شده و ـ بنا بر فرض قانونی ـ افراد جامعه از آن آگاهی یافته‌اند (کاتوزیان، ٢٤)، مستند باشد. حال، چه آن منبع، شرع انور باشد؛ چه هر منبعی جز قانون. جایگاه و شأن حقوق اسلام یا فقه امامیه، همانی است که در اصل چهارم ق.ا. مورد اشاره و تأکید واقع شده؛ یعنی این‌که منبعی برتر برای تقنین باشد؛ نه مستقیماً صدور حکم جزایی، درجایی که قانون خاص حکومت ندارد.

در اینجا، این پرسش ابهام‌زایی می‌کند که اگر مراد قانون‌گذار اساسی در اصل سی‌وششم، انحصار منبع دادرسی کیفری در قانون بوده، پس اصل یک‌صدوشصت‌وهفتم که تکلیف دادرس را در فروض سکوت، نقص، اجمال و یا تعارض قوانین مدوّن، مراجعه به منابع و فتاوای معتبر اسلامی ـ فقهی معیّن کرده، چگونه توجیه می‌شود. در پاسخ باید گفت: نخست این‌که در دو فرض اجمال و تعارض قوانین کیفری، قانون خاص وجود دارد و حقوق اسلام، به‌درستی منبعی برای صرفاً، رفع اجمال و حلّ تعارض

قوانین بوده؛ این امر، روشی هم‌سو با اصل چهارم و مناسب با اغراض و نیات قانون‌گذار عادی ایران است؛ چه آن‌که قانون‌گذار عادی به رعایت موازین اسلامی مأخوذ و مقیّد بوده است. بنابراین، دو فرض یادشده، از موضع اشکال بالا خارج‌اند و منبعیت شرع در آن دو مورد، با اصل ٣٦ و قاعده قانونی بودن منافات و تعارضی ندارد. دوم این‌که در دو فرض سکوت و نقص قانون کیفری، به دلالت عموم و اطلاق استثناناپذیر اصل ٣٦ و مبانی عقلایی و شرعی آن، دو سطح «جرم‌انگاری» و «تعیین کیفر»، تخصّصاً از حوزه شمول اصل ١٦٧ بیرون بوده؛ به دیگر سخن، خروج موضوعی دارند. چه که اگر در تفسیر اصل ١٦٧ ق.ا.، اصول ٣٦ و ١٦٩ نیز دیده شوند، نتیجه این خواهد بود که قانون‌گذار اساسی در هنگام تصویب و تثبیت اصل ١٦٧، دو سطح اخیر را اصلاً منظور نداشته و نتیجتاً در صورت سکوت یا نقص قانون، در خصوص اصل جرم بودن رفتارها یا تعیین اصل کیفر برای جرائم، نصّ اساسی حاکم، تنها اصل ٣٦ خواهد بود. امّا در سایر سطوح فرایند کیفری (به‌مانند ضوابط مفهومی ـ تعریفیِ اصطلاحات جزایی مذکور در قوانین)، حقوق اسلام یک منبع برای دادرسی است (نیز ر.ک. به: اردبیلی، ٢٠٣ - ٢٠٤)؛ بی آن‌که این امر، خللی به اصل قانونی بودن وارد آورد.

ایراد و انتقاد نظری دیگر در خصوص بخش مورد تحلیل از مادّه ١٢٧، این‌که به‌هیچ‌روی، مراد قطعی قانون‌گذار از مفهوم و مصداق «شرع» روشن نیست. آیا منظور مسلّمات و ضروریات شرعی است؛ موارد اجماعات محصّل یا اجماعات منقول؛ دیدگاه‌های مشهور فقیهان امامیه و یا فتوای ولی‌فقیه؟! آیا رواست که قانون‌گذار کیفری، کیفر قانونی معاونت را به عدم یافت کیفر شرعی منوط کند و درعین‌حال، نه ضابطه مفهومی روشن و قطعی از شرع به دست دهد و نه مصادیق این مفهوم را احصا کند؟ مشکلی که در برخی مقرّرات موضوعه ایران پس از انقلاب اسلامی، با توسّل به نظریه مشهور فقیهان یا دیدگاه فتواییِ ولی فقیه برای حلّ آن تلاش شده است. در این باره، نصّ موجود، مادّه ١٨ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوّب ١٣٨٥/١٠/٢٤ و به ویژه تبصره یک آن بود که مقرّر می‌داشت: «مراد از خلاف بیّن شرع، مغایرت رأی صادره با مسلّمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها ملاک عمل نظر وی فقیه یا مشهور فقها خواهد بود.» هرچند این مقرّره به موجب مادّه ٥٧٠ قانون آیین دادرسی کیفری مصوّب ١٣٩٢/١٢/٠٤ کمیسیون قضائی و حقوقی مجلس شورای اسلامی نسخ صریح شده است؛ لیکن مناط موجود در آن در حال حاضر نیز می‌تواند مورد عمل باشد که البته راه حلّ نهایی و قطعی نیست! به ویژه که در مادّه ٤٧٧ قانون آیین دادرسی کیفری به عنوان جایگزین نصّ پیش‌گفته، تعریفی از خلاف شرع بیّن ارائه نشده است.

از منظر اجرایی، صرف‌نظر از این انتقاد که اجرای برخی مجازات شرعی علیه معاونان جرم، خلاف و

ناقض مصالح کلان ملّی و بین‌المللی، موهن نظام اسلامی و موجب تحمیل هزینه و رنج مضاعف بر جامعه و کسان محکوم‌علیه است (نیز ر.ک: گلدوزیان، ۱۵۶ - ۱۵۷) و یک سیاست جناییِ کارآمد و مبتنی بر اسلامِ عقل‌گرا و مقاصدمحور، از پذیرش و اجرای آن‌گونه کیفرها ابا دارد، مستلزم پدیدآیی عسر و حرج قضایی نیز خواهد بود؛ چه آن‌که استخراج احکام کیفری از منابع چهارگانه حقوق استدلالی اسلام، بی‌تردید نیروی اجتهاد در دادرس را می‌طلبد و نیز تبیین مجازات معاونان از طریق تفحّص در متون و فتاوای فقهی، نیازمند دانش و مهارت‌هایی ویژه است که قضات فعلی، اغلب امکان و مجال تحصیل مقدّمات یادشده را ندارند. هم‌چنین پدیده تشتّت آرا و قرائات در فقه جزایی امامیه، بر مشکلات اجرای مقرّره موردبحث، خواهد افزود.

با توجّه به سخنان و مباحث پیشین، سزاست که قانون‌گذار عادی، تکلیف ذاتی و غیرقابل تفویض خود در خصوص تطبیق مقرّرات مدوّن با موازین اسلامی را بر دوش دادرسان کیفری ـ که ذاتاً و یا دست‌کم، در زمان حاضر، تنها مجری قوانین و تطبیق‌دهنده موضوعات و قضایا با احکام قانونی‌اند ـ ننهد و خود، احکام جزایی اسلام و ازجمله، کیفرهای معاونت در جرم را به‌صورت موردی و معیّن و با رعایت مصالح عقلایی زمانی و مکانی، در قوانین عادی انعکاس بخشد تا شرع مقدّس، در عرصه نظام نوین کیفری ایران، به جایگاه اصلی خود ـ یعنی منبع قانون‌گذاری ـ بازگردد.

تحلیل جرم‌انگاری حدود ذکرنشده در قانون مجازات اسلامی و بررسی مادّه ۲۲۰

در تغییرات اخیر قانون مجازات اسلامی، یکی از بخش‌هایی که دست‌خوش تحوّل شد، جرائم موجب حد است. قانون‌گذار با تفکیک برخی عناوین پیشین از یکدیگر (مانند محاربه و افساد فی‌الارض) و نیز تعریف رفتارهایی مجرمانه با عنوان تازه حدّی (مانند بغی و سبّ‌النبی)، نهایتاً شمار جرائم موصوف به حدّی را از ۹ جرم (در قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۷۰) به ۱۲ عنوان افزایش داد که عبارت‌اند از: زنا، لواط، تفخیذ، مساحقه، قوّادی، قذف، سبّ نبی، مصرف مسکر، سرقت، محاربه، بغی و افساد فی‌الارض. در کنار و مرتبط با این تغییرات، مهم‌ترین و متأسفانه نادرست و زیان‌بارترین تغییر که پیشینه‌ای نیز نداشته، تصویب مادّه ۲۲۰ است که عیناً چنین مقرّر داشته: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یک‌صد و شصت و هفتم (۱٦۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.»

در تبیین مفاد و حکم مادّه یادشده، باید گفت که قانون‌گذار عادی برخلاف اصل ۳٦ ق.ا. و قاعده ضروری و پذیرفته‌شده قانونی بودن، صراحتاً دادرس را در خصوص آن دسته از رفتارهایی که در منابع یا فتاوای معتبر اسلامی موجب حد دانسته شده؛ ولی در قانون مجازات اسلامی ذکر و تعییناً جرم‌انگاری

نشده‌اند، به صدور حکم مجازات بر مبنای حقوق کیفری اسلام ملزم کرده است. چه آن‌که عبارت آن مادّه، جمله خبری در مقام انشا و آکد از امر است (آخوند خراسانی، ۷۱؛ مظفّر، ۱/ ۱۱٤). بنابراین، تفسیری که نگارنده ـ در بخش نخست ـ از جایگاه اصل ۱٦۷ در دعاوی کیفری به دست داد، با مقرّره قانونی مزبور، تخصیص می‌خورد و ناچار باید پذیرفت که اصل ۱٦۷، حتّی در دو سطح جرم‌انگاری و تعیین کیفر برای رفتارها، در خصوص اسباب شرعی حدود حاکمیت یافته و شرع مقدّس، در حوزه آن‌گونه رفتارها ـ که بر مبنای مادّه ۲ ق.م.ا.، چون در قانون ذکر نشده‌اند، نمی‌توان آن‌ها را در لسان حقوقی ـ قانونی، جرم نامید ـ منبعی برای دادرسی جزایی معرّفی شده است. بنابراین اگر شخصی به «ارتداد» متّهم شود، باید تحت پیگرد قرار گیرد و پس از اثبات رفتار با ویژگی‌های مصرّح در متون و فتاوای فقهی، به کیفر شرعی مقرّر ـ که از گونه حدود و در برخی موارد، سالب حیات است ـ محکوم شود؛ چه آن‌که تقریباً اکثر فقیهان بنام و برتر شیعه، رفتار مزبور را جزو اسباب حدود برشمرده یا ملحق به حدود ذکر کرده‌اند (شهید ثانی، ١٤/ ۳۲۷). حال آن‌که هیچ مقرّره خاصّ قانونی، رفتار یادشده را ـ به‌خودی‌خود ـ جرم ندانسته و طبعاً کیفری نیز برایش معیّن نکرده است.

پیامدهای التزام به مقرّرات مادّه ۲۲۰، از آنچه در خصوص مادّه ۱۲۷ گفته شد، غیراصولی‌تر و نپذیرفتنی‌تر است؛ زیرا علاوه بر مخالفت با اصول ۳٦ و ۱٦۹ ق.ا.، مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا. و قاعده قانونی بودن جرم و کیفر (به شرحی که در بخش پیش گذشت) ـ و افزون بر این ایراد ماهوی اساسی که بر پایه مادّه ۲، اساساً رفتاری که در قانون کیفر خاص و معیّن نیافته باشد، ماهیتاً و از منظر دانش حقوق کیفری و قانون، «جرم» محسوب نمی‌شود؛ هرچند در نصوص شرعی یا فقهی دارای مجازات باشد ـ، با دو اشکال اساسی دیگر نیز روبه‌روست: نخست، از حیث اصول و مبانی مسئولیت کیفری؛ با این توضیح که اشخاص در معرض تعقیب، محاکمه و کیفر در قبال ارتکاب رفتارهایی واقع می‌شوند که ـ به‌احتمال بسیار ـ بیش‌تر آنان از جرم و قابل مجازات بودن آن‌ها آگاهی ندارند (گلدوزیان، ۲٤۲)؛ چراکه مراجعه عوام به منابع حقوق اسلام و یا متون فقه و آگاهی از حدود نامذکور در قانون، اگر تکلیف به ما لایطاق نباشد، بی‌گمان معسور و حرجی بوده؛ به‌موجب قاعده نفی عسر و حرج، شرعاً مرفوع‌اند (بقره: ۱۸۵؛ مائده: ٦؛ حج: ۷۸).

اشکال بنیادین دوم این‌که فقیهان امامیه در شمار اسباب حدود و نیز عناوین آن‌ها اختلافات فاحش و پردامنه‌ای دارند (موسوی اردبیلی، ۱/ ۲۸)؛ به‌گونه‌ای که تعداد رفتارهای موجب حد در متون و فتاوای فقهی، میان کمینه، ٦ رفتار و بیشینه، ۱٦ رفتار نوسان دارد (علّامه حلّی، ۳/ ۵۲۱ به بعد؛ خوئی، ٤۱/ ۲۰۳) و نه‌تنها اجماعی در این خصوص ـ جز در مورد ٦ رفتار ـ موجود نیست؛ بلکه دیدگاه اشهر یا مشهوری نیز وجود ندارد (ر.ک. به: شعبانی ـ محبان، ۲۵ تا ٤۳) از میان موارد اجماعی و حدّاقلی نیز تنها عنوان ارتداد

است که در قانون مجازات اسلامی ذکر نشده است. بنابراین، تحصیل موضع حقوق اسلام دراین‌باره، بسیار دشوار و ـ حتّی با فرض امکان صدور حکم با استناد به فقه ـ موجب تشتّت آرای دادگاه‌ها در امور خطیر کیفری ـ که انتظار معقول و به‌جای جامعه، در این امور، برخورد یگانه و برابر همه مراجع با موارد همسان است ـ خواهد بود.

افزون بر دو اشکال نظری یادشده در بالا، ـ به‌سان آن ایراداتی که از منظر اجرایی بر تقدّم کیفر شرعی معاونت بر مجازات موضوع مادّه ۱۲۷ ق.م.ا. بیان شد ـ اجرای مقرّره مادّه ۲۲۰ نیز با ایراد لزوم اجتهاد و مهارت تشخیص حکم شرعی یا حتّی فتوای فقهی در دادرس روبه‌روست؛ با این تفاوت اسف‌بار که ـ برخلاف بحث معاونت که جرم مباشر، در قانون مورد تصریح بوده ـ این بار قانون‌گذار اصل جرم انگاشتن رفتار شرعاً حدّی را نیز به دادرس واگذار کرده که بی‌گمان، ناقض بی مبنای اصل قانونی بودن است و به نظر می‌رسد از تفسیری نادرست از اصل ١٦٧ ق.ا. و این رویکرد بدعت‌گرایانه قانون‌گذار سرچشمه می‌گیرد که تعیین مجازات و صدور حکم کیفری، می‌تواند مستقیماً مستند به منبع حقوق اسلام باشد. امّا در جستار فراروی کوشیده شد رویکردی جایگزین تبیین و تثبیت شود.

رویکرد شایسته به پیوند حقوق کیفری اسلام (شرع مقدّس) با نظام نوین کیفری، در پژوهش حاضر این‌گونه ترسیم می‌شود:

پیرامون رابطه فقه و حقوق یا شرع و قانون، سخن‌ها بسیار رانده شده و قلم‌ها نیز بسیار فرسوده گشته؛ از این رو، در این‌جا تنها به اندازه نیاز برای ورود به مبحث اصلی درباره گفتمان پیش‌گفته بحث خواهد شد. از حیث موضوع دو دانش، نسبت میان فقه و حقوق را بنا بر نظریه فقه حداقلّی، عموم و خصوص من وجه و بنا بر نظریه فقه حداکثری، عموم و خصوص مطلق دانسته‌اند. (ناصری، ۱۷۰ - ۱۷۱) از حیث هدف، روش، مبانی، منابع و تقسیم‌بندی و شاخه‌ها نیز هم همانندی و هم ناهم‌گنی میان فقه و حقوق تبیین و ترسیم شده و بدین سان مقایسه‌ای نسبتاً جامع صورت گرفته است که شایسته توجّه و ژرف‌اندیشی می‌نماید (ناصری، ۱۷۱ - ۱۸۷) در این‌جا نگارنده بی‌آن‌که بر آن باشد تا بحث جداگانه‌ای در این باره نماید یا دیدگاه دیگر پژوهندگان ارجمند را داوری کند، شایسته می‌داند بیش‌تر از زاویه ارتباط این چیدمان با گفتمان مورد بحث در این جستار، نکاتی را به گونه فشرده در برابر خواننده گرامی قرار دهد تا بلکه هم در گفتمان مهمّ پیوند میان فقه و حقوق سودمند افتد و هم راه را برای تحلیل درست بحث ماهوی اصلی در این مجال، هموار سازد:

۱. فقه، یک دانش و در عین حال، یک پدیده تاریخی است. حقوق نیز همین گونه است؛ امّا آن‌چه در این جایگاه، دارای تعیین‌کنندگی است، نظام تقنینی ـ قضایی پذیرفته و مورد اجرا در یک دولت ـ ملّت و در

درون یک سرزمین است. نظام تقنینی ـ قضایی، همان حقوق کاربردی است که در تعامل با دولت و سرزمین معنا می‌یابد. فقه کیفری امامیه، در دوره‌های متمادی تاریخ، این خصیصه را فاقد بوده و تنها چند دهه است که پای به عرصه تقنین و قضا در سرزمین ایران و در تعامل با دولت ـ ملّت ایران نهاده است. از این رو، در عین حال که باید پذیرفت و مستشرقان و اسلام‌شناسان غیرمسلمان نیز پذیرفته‌اند که در دین اسلام، یک نظام حقوقی هست و می‌توان بر این گزاره صحّه نهاد که اسلام، ویژگی‌های حدّاقلّی یک نظام حقوقی را داراست و از همین رو نیز پیوسته در زمره نظام‌های حقوقی معتبر عصر حاضر، به شمار آمده است؛ امّا نکته شایان توجّه این‌که فقه، ویژگی‌های ممتاز و منحصر به فردی دارد که نخست، در بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگر، یا اصلاً وجود ندارد و یا بسیارکم‌رنگ‌تر است و دوم، این ویژگی‌ها پیوسته بر اعم بودن فقه نسبت به نظام‌های حقوقی معاصر و ناهم‌سانی این دو نظام تأکید می‌کنند. برخی از این ویژگی‌ها، عبارتند از:

ـ دینی و آسمانی (فرازمینی) بودن، صبغه الهی داشتن و یا: ارتباط با امر قدسی؛

ـ دخالت گسترده اخلاق در قواعد حقوقی؛

ـ پرداختن به روابط میان انسان و خدا، افزون بر روابط میان انسان‌ها با یک‌دیگر؛

ـ وجود الزام‌ها و ضمانت‌های اجرایی غیرمادّی و فرادنیوی؛

ـ تکثّرپروری با دامنه گسترده و نوسان بسیار در قرائت‌ها، هم در اصول و هم در فروع؛

ـ موضوعیت برخی احکام و نهادهای حقوقی در کنار طریقیت؛

ـ فراوانی وصف «ثبات زمانی ـ مکانی» در مقرّرات و

ـ بستگی غیرقابل اغماض به ظرف زمانی ـ مکانی شکل‌گیری و یا ـ به دیگر سخن ـ غلبه جنبه تاریخی.

این ویژگی‌ها، سبب می‌شوند نتوان فقه را در عرض دیگر نظام‌های حقوق وضعی نهاد؛ بلکه در آغاز باید برای امکان مقایسه میان نظام حقوقی اسلام با دیگر نظام‌های حقوقی، وجوه افتراق فقه از حقوق موضوعه و ویژگی‌های منحصربه‌فرد فقه را کنار گذاشت؛ صرفاً صبغه زمینی ـ این‌جهانی قواعد حقوقی اسلام را لحاظ کرد و سپس به ارزیابی میان آن دو پرداخت.

۲. یکی دیگر از پی‌آمدهای ویژگی‌های منحصربه‌فرد نظام حقوقی اسلام، عدم قطعیت در تعیین محتوای قاعده حقوقی در بسیاری از موضوع‌هاست که موجب می‌شود امکان دست‌یابی به قانون واحد و قطعی و فراگیر، دشوار و محلّ تشکیک شود.

۳. به نظر می‌رسد رسالت فقه و شریعت اسلامی، امری اعم از هدف نظام حقوق است و چنان‌چه

برای خرد و سیره عقلا، شأن و نقشی مستقل قائل باشیم، گویا بتوان ملتزم به این گزاره و نتایج آن شد که: دین اسلام، در پی انحصارطلبی در عرصه تقنین و قضا نیست و برای نظام تقنینی ـ قضایی برخاسته از خرد جمعیِ اعصاری و بنای عقلا، احترام قائل است و اداره جامعه و تنظیم روابط حقوقی میان اشخاص و دولت را به خود آنان واگذار نموده؛ امّا در برخی موارد دخل و تصرّف‌ها و جرح و تعدیل‌هایی وارد آورده و بیش‌تر نظر به پاسداری از ارزش‌های توحیدی ـ اخلاقی داشته است. روایت مشهوری که اهل سنّت از پیامبر گرامی اسلام (درود خدا بر او و خاندانش) گزارش کرده‌اند نیز ـ در فرض تمامیت سند و درستی انتساب ـ می‌تواند مؤیّد این برداشت باشد: «إذا أَمَرْتُکمْ بأمرٍ مِنْ أمُورِ دِینکمْ فَخُذُوا منه مَا اسْتَطَعْتم، و ما کان من أَمْرِ دُنْیاکمْ فإلَیکم، أنتمْ أَعْلَمُ بِشُئُونِ دنْیاکمْ» (العسکری، ۴۱ – ۴۲؛ مرتضی، ۱۶۹؛ گلپایگانی، ۱۳ و ۱۷).

۴. شاید بتوان چنین نتیجه‌گیری کرد که نظام حقوقی اسلام، نظامی است هم برخاسته از عقل آسمانی (عقل معاد) و تکلیف‌مدار و آخرت‌نگر و دیده‌شده در کنار دیگر اجزای هستی‌شناسی توحیدی و هم همراه با عقل زمینی (عقل معاش) و منفعت‌نگری دنیویِ فردی و اجتماعی و هدف‌محور و مقصدنگر در رویکرد دنیامدارانه غیرمتضاد و نامتناقض با اصول توحیدی ـ اخلاقی ـ اخروی (ناصری، ۱۶۷ – ۱۶۸).

تبیین جایگاه مفهوم ـ نهادِ «قانون» در نظام حقوقی اسلام

پس از طرح نکاتی درباره پیوند فقه و حقوق ـ که بی‌گمان مکفی و مغنی در خصوص آن بحث دامنه‌دار نیست و با پرهیز از تکرار مکرّرات و به گونه فشرده و تنها در مقام طرح زمینه بحث اصلی در این موضع، به این بحث پرداخته شد ـ اینک نوبت به ارزیابی جایگاه قانون در حقوق اسلامی می‌رسد تا منبعیت شرع برای تقنین، به درستی درک شود.

مقایسه مفهوم قانون در نظم حقوق موضوعه و نظم حقوق شرعی با رویکرد سنّتی

تعریف فنّی مورد پیشنهاد نگارنده از قانون در نظام حقوق موضوعه نوشته (نظام قانونی) عبارت است از: «متن قطعی، منسجم و لازم‌الاجرایی که از سوی نهاد عمومی صلاحیت‌دار به نمایندگی از مردم (به عنوان قوّه مقنّنه حاکمیت سیاسی جامعه) و با رعایت تشریفات خاصِّ از پیش‌تعیین‌شده (معمولاً در قانون اساسی و قانون مدنی)، به مثابه اراده مردم در قالب پیمانی همگانی برای تحقّق اهداف حقوق (تأمین نظم و عدالت، پاسداری از حقوق اشخاص و جامعه و اخلاق و جز این‌ها) به تأیید رسیده و از سوی همگان محترم شمرده می‌شود و دارای ضمانت اجرای دنیوی است.» (نیز ر.ک. به: محقق داماد، ۳۳).

اساساً تحقّق ارکان و عناصر این تعریف در نظام حقوقی اسلام، ـ دست‌کم در قرائت رسـمی، غالـب و موجود از شرع مقدّس ـ ناممکن است؛ زیرا:

نخست، به علّت بستگی تام و ناگسستنی محتوای حقوق شرعیِ متخّذ از دین اسلام بـا جنبـه تـاریخی این نظام و شرایط زمانی و مکانی حاکم بر دوره شکل‌گیری فقه و گذشت زمان از عصر نزول و صدور متون اصلیِ حقوقی، جنبه تاریخی و کهن نظـام حقـوقی اسـلام، دارای غلبـه اسـت و ایـن امـر، مـانع از تحقّـق ویژگی‌های قطعیت (به لحاظ صدور و سند در خصوص منبعِ شرعی سنّت)، خواهد بود.

دوم، قانون در مفهوم متبادر در حقوق وضعی، اراده انشائیِ جامعه با نمایندگی منتخبان مـردم بـه سـان پیمانی همگانی برای اداره امور و تأمین نظم، عدالت، اخلاق و حقوق فردی و جمعی در روابـط اجتمـاعی است که تنها در سایه مفاهیمِ «حکومت»، «جامعه»، «دولت»، «قوّه مقنّنه یا مجلس قانون‌گذاری» و مانند این‌ها معنا می‌یابد؛ حال آن‌که قاعده حقوقی در نظام تشریعیِ اسلام، اراده خداوند است که فارغ از مفاهیم یادشده، باید اجرا شود.

سوم، ضمانت اجرای قواعد حقوقی در نظام اسلامی، گـاه دنیـوی و در بسـیاری از احکـام، اخـروی و معنوی است.

چهارم، قانون‌گذار عرفی، نمایندگان مردم هستند و قانون، محصـول دموکراسـی و قانون‌گـذاری، حـقّ مردم شمرده می‌شود؛ حال آن‌که در نظام اسلامی، قانون‌گذار تنها خداوند سبحان است و در قرائت سـنّتی، حتّی عقل انسان نیز از این جهت که از اراده الهـی کاشـفیت دارد، منبـع اسـتنباط اراده خداونـدی و قـانون شرعی، شناخته می‌شود.

مقایسه مفهوم قانون در نظم حقوق موضوعه و نظـم حقـوق شـرعی بـا رویکـرد انتقادی

آن‌چه پیش‌تر گفته آمد، وضعیت موجود و نیز تبیین مطلب بر پایه قرائت رایج و رسمی از نظام حقـوقی اسلام بود؛ ولی اگر با رویکردی انتقادی به بازنگری جایگاه و مفهوم قانون در حقوق اسلام پرداختـه شـود، می‌توان به نتایجی دست یازید که به عدل نزدیک‌تر باشد؛ یعنی هر چیز در جایگاه شایسته خـود جـای داده شود؛ فقه و شریعت نیز معنون به عنوان «امر» هستند و قاعده منقولِ ـ معتضـد بـه خـرد ـ: «العـدلُ یَضَـعُ الأُمورَ مواضعها» (نهج‌البلاغه، ۱۴۱۴ ه.ق، ۴۹۵). در خصوص این مقوله محترم نیز صادق اسـت و بایـد رعایت شود. به دیگر سخن، باید در پی راه حلّی برای جمع میان همه مصالح و رعایت موازین خرد، دانش و دین بود. نگارنده را ادّعای گزافی نیست؛ که تنهـا بـه انـدازه توشـه نامقـدار خـویش از دانـش و اندیشـه،

می‌کوشد تا راه تازه‌ای باز کند و پاسخ نویی به این پرسش بدهد که: «قانون به معنای یادشده و مورد پذیرش در نظام‌های حقوق وضعی معاصر، در نظام حقوقی اسلام چه جایگاهی دارد؟» و یا: «شریعت اسلامی، چه موضعی در برابر حاکمیت قانون ـ به ویژه در امور کیفری ـ بر نظام حقوقی و روابط میان اشخاص با یک‌دیگر و با دولت دارد؟»

عطف به همه بررسی‌ها و مباحث پیش‌گفته در زیربخش پیشین درباره اصول ۴، ۳۶، ۱۶۷ و ۱۶۹ قانون اساسی، از آن‌جا که پدیده قانون در شکل کنونی‌اش، امری نوپیدا و محصول حاکمیت یک‌پارچه دولت‌های نوین در جوامع معاصر است و این پدیده با این شکل، در دوره تکوین حقوق اسلام موجودیت نداشته و میان حکم شرعی و قاعده اجتماعی لازم‌الاجرا، تغایر مفهومی و مصداقی ـ به سان آن‌چه امروز هست ـ وجود نداشته، از این رو، طبیعی است که منابع متنی اسلام، چندان موضع روشنی در برابر این پدیده نداشته باشند. بنابراین باید به منابع غیرمتنی و ادلّه عقلی ـ عقلایی رجوع نمود و البته به عمومات شریعت که هم ریشه عقلی ـ فطری دارند و هم مورد تنصیص شرعی در متون دینی قرار گرفته‌اند. اهتمامی که شارع مقدّس به سیره عقلای عصر ـ در فرضی که با اصول و مبانی توحیدی ـ اخلاقیِ دین مبین، منافاتی ندارند ـ و حکم خرد دارد و نظر به مصالح عالی مورد توجّه شارع مقدّس ـ هم‌چون جلوگیری از اختلال نظام، «قاعده ضرورت وجود حکومت» (لأبُدَّ لِلنّاسِ من أمیرٍ برٍّ أو فاجرٍ) (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ ه.ق.، ۴۸) و رفع عسر و حرج فردی و اجتماعی (نیز ر.ک. به: جعفری هرندی، ۳۸ تا ۶۷) ـ رهنمون به این گزاره خواهند بود که «قانون» در معنای کنونی، امری است که نه تنها مخالفتی با شرع ندارد؛ بلکه تا جایی که مخالف اصول و مبانی ثابت و غیرقابل عدول و اغماض شریعت در دو چیدمانِ «توحید» و «اخلاق» نباشد، مورد حمایت و ارشاد شارع مقدّس نیز هست. از این رو، موضع نظام حقوقی اسلام در برابر قانون این تواند بود که اسلام، با ضرورت وجود قانون واحد که از سوی نمایندگان خردمند جامعه برای اداره امور وضع می‌شود، همراهی دارد و به ویژه در امور کیفری، ـ با توجّه به آن‌چه در زیربخش پیشین و در ارتباط با تفسیر اصول چهارم و ۱۶۷ قانون اساسی گفته شد ـ ضرورت وجود قانون و رعایت اصل قانونی بودن جرم، کیفر، دادرسی کیفری و اجرای احکام کیفری قابل انکار نیست. برآمد بحث در این‌جا، این‌که: نظام حقوقی اسلام، یکی از منابع نظام حقوق موضوعه حاکم بر کشور و یکی از مصادر تقنین به شمار می‌آید و این مهم در امور کیفری، بنا به علّت‌های پیش‌گفته و ویژگی‌های خاصّ حقوق کیفری، از اهمیت دوچندانی برخوردار است.

نکته دیگر این‌که پیرامون ضرورت و نیز کیفیت انتساب قانون به شرع، باید گفت: چنان‌چه با نگاه فقه حدّاقلّی به پرسمان نگریسته شود، حجّیت قانون ـ از طریق عقل ـ، حجّیتی ذاتی است و نیازی به اتّصال به

نقل و وحی ندارد و چنان‌چه با نگاه فقه حدّاکثری این پرسمان را مورد ارزیابی قرار دهیم، حجّیت و اعتبار شرعی قانون، از طریق نظریه ولایت فقیه یا دیگر نظریه‌های مشابه راجع به مشروعیت سیاسی حاکمیت در فقه سیاسی، لزوم احتراز از هرج و مرج، وجوب پرهیز از اختلال نظام و دیگر عموماتی که نصوص شرعی، ـ به نحو ارشادی یا مولوی ـ بر آن‌ها تأکید دارند، قابل توجیه و اتّصال به شرع است؛ البته دو مورد خاصّ اخیرالذکر، از راه قاعده ملازمه.

پس از تبیین مفهوم و جایگاه نهاد قانون در نظام حقوقی اسلام، اینک می‌توان گفت: راه جمع میان قاعده قانونی بودن حقوق کیفری و مبانی گوناگون آن ـ به‌ویژه قاعده قبح عقاب بلابیان، اصالت حقوق و آزادی‌های انسانی و طبیعی و لزوم آگاهی پیشین، معیّن و موردیِ افراد از رفتارهای قابل مجازات برای تحقّق مسئولیت کیفری ـ با ضرورت اساسی انطباق مقرّرات موضوعه کشور با موازین و احکام اسلامی، این است که احکام یا فتاوای فقهی در دو سطح جرم‌انگاری و تعیین اصل کیفر، تا هنگامی‌که در قانون انعکاس خاص و موردی نیافته‌اند، نمی‌توانند منبع مستقیم برای دادرسی و مستند حکم قضایی کیفری قرار گیرند. بلکه قانون‌گذار عادی، باید بکوشد با رعایت ضوابط تقنین کیفری (نجفی توانا ـ مصطفی‌زاده، ١٥٦ – ١٦٧)، مصالح اجتماعی و مقتضیات زمان و مکان، ـ به‌عنوان نمونه و مصداق ـ کیفرهای شرعی معاونت در جرم را در قانون مورد تصریح قرار داده و نیز رفتارهای حدّی مقرّر در شرع یا فقه را در قانون تعریف، ارکان آن‌ها را تبیین و مجازات آن‌ها را مشخّصاً ذکر کند؛ تا هم قاعده قانونی بودن از تعرّض نابجا مصون بماند؛ هم شرط آگاهی عمومی از جرائم برای فعلیت مسئولیت کیفری اشخاص مهیّا شود؛ هم از خودکامگی، سردرگمی و یا خطای قضایی احتراز شود و سرانجام این‌که در راستای تحقّق آرمان مندرج در اصل چهارم ق.ا.، شریعت اسلامی و فرهنگ دینی جامعه ایران نیز مورد حمایت قانون واقع گردد.

نتیجه‌گیری

۱. مادّه ۱۲۷ ق.م.ا.، از این حیث که شرع مقدّس را بدون پشتوانه قانون منبع مقدّم و برتر تعیین کیفر معاونت در جرم توسّط دادرس معرّفی کرده، با اطلاق و عموم تخصیص ناپذیر اصول ٣٦ و ١٦٩ ق.ا.، مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا. و قاعده قانونی بودن حقوق کیفری، تعارضی بیّن، بی مبنای موجّه و نپذیرفتنی دارد.

۲. مادّه ۲۲۰ ق.م.ا. که دادرسان را مکلّف کرده در مورد حدود ذکرنشده در قانون، با استناد به منابع یا فتاوای معتبر اسلامی یا فقهی به مجازات حکم دهند، در تعارض آشکار و غیرقابل‌پذیرش با اصول ٣٦ و ١٦٩ ق.ا.، مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا. و قاعده قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها قرار داشته، نشان‌دهنده این رویکرد قانون‌گذار است که حقوق اسلام، می‌تواند مستقیماً منبعی برای دادرسی کیفری نیز باشد.

۳. با عنایت به موضع برگزیده در گفتمان پیوند میان فقه و حقوق و جایگاه نهاد نوینِ قانون در نظام حقوقی اسلام و نظر به عقلی ـ عقلایی بودن مبانی اصل قانونی بودن حقوق جزایی و لسان استثناناپذیر (آبی از تخصیص) اصل ٣٦ ق.ا. و مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا.، جایگاه والا و مناسب شریعت اسلامی و فقه کیفری امامیه، این است که منبعی برای قانون‌گذاری و نه دادرسی کیفری باشد. تا هنگامی‌که قانون‌گذار عادی، در دو سطح جرم‌انگاری رفتارها و تعیین کیفر برای جرائم، برابر اصل چهارم قانون اساسی احکام شرعی یا فتاوای فقهی را در قانون ـ به گونه خاص و موردی ـ انعکاس نداده، دادرس مجاز به صدور حکم به کیفر با استناد به منابع اسلامی یا فتاوای فقهی نیست.

پیشنهادها

۱. عبارت «شرع» از مادّه ۱۲۷ ق.م.ا. حذف شود و چنانچه قانون‌گذار مقتضی و مصلحت بداند که کیفرهای شرعی برای معاونت در جرم مورد حکم واقع و اجرا شوند، مکلّف است آن مجازات‌ها را با رعایت ضوابط تقنینی (و از جمله: مصالح زمانی ـ مکانی)، عیناً و به صورتی موردی در قانون قید نماید.

۲. بی‌گمان مادّه ۲۲۰ ق.م.ا.، باید به‌صورت کامل، حذف شود.

منابع

آخوند خراساني، محمد کاظم بن حسین، ***كفاية الأصول***، قم، مؤسّسه آل البیت علیهم‌السلام، چاپ اول، ١٤٠٩ ق.

اردبیلی، محمدعلی، ***حقوق جزای عمومی***، چاپ سی‌وسوم (ویراست دوم)، تهران، میزان، ۱۳۹۲.

انصاری، مرتضی بن محمدامین، ***فرائد الأصول***، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم، ١٤١٦ ق.

ایروانی، باقر، ***الحلقة الثانية في أصلوبها الثاني***، تهران، قلم، ۲۰۰۷ م.

بشیریه، تهمورث، «پاسداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول ٣٦ و ١٦٧ قانون اساسی»، ***مجلّه حقوقی دادگستری***، شماره ٦٢ و ٦٣، تهران، ۱۳۸۷.

جعفری هرندی، «اضطرار اجتماعی یا احکام مترتب بر جامعه مضطر»، ***فصلنامه فقه و مبانی حقوق***، سال چهارم، شماره ۱۲، تهران، ۱۳۸۷.

حکیم، محمدتقی، ***الأصول العامّة في الفقه المقارن***، چاپ دوم، قم، مجمع جهانی اهل‌بیت، ۱۴۱۸ ق.

خوئی، ابوالقاسم، ***مباني تكملة المنهاج***، جلد ٤١ موسوعة الإمام الخوئی، چاپ اول، قم، مؤسّسة إحياء آثار الإمام الخوئی، ١٤٢٢ ق.

سبزواری، عبدالأعلی، ***تهذيب الأصول***، چاپ دوم، قم، مؤسّسة المنار، ۱۴۱۷ ق.

شعبانی، مهدی ـ محبان، مسعود، «شمار جرائم حدی در حقوق کیفری امامیه؛ علل تکثر آراء و ضرورت احصاء»،

فقه و اصول، شماره ۱۰۷، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، زمستان ۱۳۹۵.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام***، قم، مؤسّسة المعارف الإسلامیّة، چاپ اول، ١٤١٣ ق.

صدر، محمدباقر، ***بحوث فی علم الأصول***، چاپ اول، بیروت، الدار الإسلامیّة، ۱۴۱۷ ق.

عسکری، مرتضی، ***معالم المدرستین***، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱٤۱۰ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٣ ق.

قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوّب ۱۳۸۳/۰۲/۱۵

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوّب ۱۳۸۵/۱۰/۲٤

قانون آیین دادرسی کیفری مصوّب ۱۳۹۲/۱۲/۰٤

قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱

قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۷۰/۰۵/۰۸

کاتوزیان، امیرناصر، ***قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی***، تهران، میزان، چاپ شانزدهم، ۱۳۸٦.

گلپایگانی، لطف اله، ***الأحکام الشرعیة ثابتة لا تتغیّر***، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ١٤١٢ ق.

گلدوزیان، ایرج، ***محشّای قانون مجازات اسلامی***، چاپ اول، تهران، مجد، ۱۳۹۲.

محقق داماد، مصطفی، ***قواعد فقه***، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ١٤٠٦ ق.

مرتضی، جعفر، ***الصحیح من سیرة النبی الأعظم***، بیروت، دارالهدی، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ق.

مظفّر، محمدرضا، ***أصول الفقه***، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، ***أنوار الأصول***، قم، مدرسة الأمام علی بن أبی‌طالب (ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.

منصورآبادی، عبّاس، ***تقریرات حقوق جزای عمومی (۱)*** ، شیراز، دانشگاه شیراز، ۱۳۸۵.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم، ***فقه الحدود و التعزیرات***، قم، مؤسّسة النشر لجامعة المفید، چاپ دوم، ١٤٢٧ ق.

ناصری، حسین، «درآمدی بر ارتباط فقه و حقوق»، ***مطالعات اسلامی*** (ویژه فقه و حقوق)، شماره ٦٤، مشهد، ۱۳۸۳.

نجفی توانا، علی ـ مصطفی‌زاده، فهیم، «جرم‌انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، ***مطالعات فقه و حقوق اسلامی***، شماره ۸، ۱۳۹۲.

هاشمی، حسین، «بررسی تعارض اصل ١٦٧ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها»، ***نامه مفید***، شماره ٢٦، قم، ۱۳۸۰.